

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO

Cláudio Henrique Pereira Gimaël

Acadêmico da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

Integrante do Núcleo de Pesquisa e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE.

Palavras-chave: Mandamento constitucional, presunção de inocência no processo, *due process of law*

1. INTRODUÇÃO

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

O mandamento constitucional ora esboçado traduz um dos princípios democráticos do estado de direito, e, em verdade, um dos mais importantes, pois reflete um direito histórico conquistado ao longo dos séculos que foi criado e instituído em nosso ordenamento, senão de outra forma que gradual, com enormes dificuldades, sendo a sua preservação uma tarefa árdua da qual não se pode fugir.

Chamando para si a monopolização jurisdicional, o detentor máximo desse controle, o Estado-Juiz, tem o poder-dever de, uma vez ocorrido um ilícito penal, iniciar a denominada *persecutio criminis* cuja consubstanciação se revela na punição do autor da respectiva infração, sem, contudo, menosprezar, ou deixar de atender às garantias mais vitais do investigado em seara persecutória, na razão máxima de que a não observância das garantias ora aludida poder-se-á ensejar a ineficácia de todo procedimento investigatório, de ensejar um não-processo.

A presunção de inocência, insculpida em nosso ordenamento constitucional, exerce influência em todo campo jurídico existente, dentre os quais, e o que mais gera polêmica, o direito processual penal, frente ao nítido conflito existente entre o *jus puniendi* do Estado, e o *jus libertatis* do cidadão, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana.

Assim, à luz da presunção de inocência ter sido tutelada na *Lex Fundamental* de 1988 (art. 5.º, LVII), outra conclusão não podemos extrair senão de que a legislação processual penal se vê compelida a absorver tal mandamento, devendo, neste ínterim, buscar um equilíbrio, uma proporcionalidade, entre o já citado *jus puniendi* e o *jus libertatis*, dando, pois, efetividade ao princípio constitucional.

Com efeito, a inobservância do princípio constitucional consignado, seja em seara inquisitiva ou processual, viola a ordem jurídica justa como um todo, em especial, o devido processo legal e seus corolários.

Neste passo, o *due process of law* surge como remédio a esse conflito de interesses e sua observância resta-se obrigatória para o processo atingir um resultado útil, para *persecutio criminis* ser válida e para garantir às partes o acesso à ordem jurídica justa.

2. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A presunção que assiste à pessoa de não ser considerada culpada até que seja devidamente provada sua culpa,¹ remonta o direito adquirido nas constituições e declarações anteriores, onde o assunto era rigidamente discutido e almejado pela sociedade.

Foi no direito inglês medieval, na Magna Charta² de 1215, precisamente na preciosa redação da cláusula 39,³ que o assunto veio a lume, de forma implícita, na medida em que continha em seu conteúdo a seguinte redação:

Nenhum homem será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agire-

1 Dando maior enfoque, ainda, ao assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, prescreve que “explicita a Constituição um princípio fundamental do direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das consequências que a lei somente atribui como sanção punitiva”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68).

2 O vocábulo, oriundo de língua grega, era grafado no latim clássico com *ch*, mas foi usado, durante toda a Idade Média, sem *h*.

3 Somente a título de registro, Valdir Sznick, em sua lição, entendeu como sendo a “medula espinhal” de atenção do referido dispositivo, as seguintes dicções: “*Nullus liber homo capitur... nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*. (... by legal judgement of his person or by law of the land)”. (SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*, 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995, p. 2).

mos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.

De fato, pelo presente esposado, pode-se afirmar que foi graças ao “coração da Magna Charta”, como é conhecida a cláusula 39, que se iniciou a idéia, de forma muito tímida, da presunção de inocência, e, de forma clara, do *dues process of law*, na inteligência de que se desvincula da pessoa do monarca tanto a lei como a jurisdição e, ainda, origina-se a idéia de que os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra.⁴

Já no século XX, seguindo a idéia contida na mencionada Magna Charta de João Sem Terra, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sob a influência de Montesquieu, reforçou o princípio em testilha, sendo, portanto, mais enfático, ao prescrever de forma clara em seu art. 9.º que:

*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.*⁵

E não parou por aí. Realmente, o mencionado princípio repercutiu universalmente, tendo se reproduzido, mais recentemente, na Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, consagrando, desta forma, em seu art. 11, a dicção de que:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Em 1966, foi na cidade de Estrasburgo, que a Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais albergou o princípio em estudo, ao tatuar em seu art. 6.º, n.º 2, que: “*Toda pessoa acusada de uma infração se presume inocente até que sua culpabilidade seja legalmente estabelecida*”.

Agora, não obstante isso, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, teve um papel funda-

4 COMPARATO, Fábio Conder. *A afirmação histórica dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 78.

5 “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

mental na sociedade brasileira, no exato contexto de também guardar em seu corpo normativo o citado princípio, fato que, devido à sua importância, reservamos um espaço para tecermos comentários nesse sentido em momento posterior e oportuno.

3. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O nascimento do princípio da presunção de inocência, na legislação brasileira, se deu com a *Lex Fundamentallis* de 1988, insculpindo, pois, rigorosamente, em seu art. 5.º, XVII, a dicção, *in tribus verbis*, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁶

Em que pesem todas as argumentações e explanações no sentido de que a Constituição Federal de 1988 não cuidou da presunção de inocência, mas sim da presunção de não-culpabilidade, ousamos discordar desse posicionamento, em verdade plausível, nos filiando, então, no raciocínio de se tratar, o mandamento constitucional ora em enfoque, de verdadeira presunção de inocência.⁷

Seguindo essa linha amalhada, percebe-se que a *Magna Lex* retrocitada, ao inserir em seu seio normativo o princípio da presunção de inocência, acabou titulando-o como um dos princípios basilares de um Estado de Direito como garantia processual penal, visando, assim, à tutela da liberdade pessoal.⁸

Aliás, no que toca à presunção de inocência, caem bem a propósito os precisos dizeres proferidos por Celso Ribeiro Bastos, manifestando-se no sentido de que:

*A presunção de inocência é constante no Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstrar sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tido por inocentes até prova em contrário.*⁹

6 Tecendo comentários concernentes à culpabilidade, José Cretella Júnior, preleciona que aquela “é a situação do agente que deve responder pela violação da lei penal. Nem toda violação da lei penal constitui crime, sendo necessário, para que a violação de classifique como qualificada, que o agente tenha agido com dolo ou culpa, sendo assim, causa eficiente do delito”. Entende, ainda, que “somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão que não caiba mais recurso, é razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado”. (CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v. 1, p. 356-357).

7 A propósito dessa controvérsia vide Capítulo III.

8 MOARES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 385.

9 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 277.

Alexandre de Moraes, na esteira dos seus ensinamentos, entende que o direito de se presumir inocente possui como funções básicas a limitação à atividade legislativa, o critério condicionador das interpretações das normas vigentes, o critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente) e a obrigatoriedade do ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.¹⁰

Com efeito, e de uma forma indireta dando prosseguimento ao esposado no parágrafo anterior, podemos apresentar, ainda, mais três exigências decorrentes da adoção do princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento, a saber: o réu não pode ser considerado culpado antes da sentença penal definitiva;¹¹ a necessidade da colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; a absoluta independência funcional do magistrado na valoração livre das provas.¹²

Tendo-se o presente contexto, demonstra-se imperioso e salutar aduzir nesta seara que, partindo-se do pressuposto de que nossa Carta Magna em vigência adotou o princípio sob comentário, a legislação processual penal se vê compelida a absorver tal regra, devendo, então, nesse campo de idéias, encontrar um equilíbrio, uma proporcionalidade, entre o interesse punitivo do estado, o *jus puniendi*, e o direito de liberdade do indivíduo, denominado *jus libertatis*, dando, assim, efetividade ao princípio constitucional.

10 *Constituição do Brasil interpretada*, cit., p. 386. Valdir Sznick afirma que no campo das provas “há uma inversão do ônus que favorece o acusado, pois cabe o Ministério Público provar sua culpa e sua responsabilidade quanto ao fato criminoso. Não sendo provada a culpa (ou a autoria) a presunção tem prevalência e o julgador, ao proferir sentença, decretará a absolvição, pela fragilidade probatória ou, em caso de dúvida, aplicando-se o *in dubio pro reo*”. (Valdir Sznick, *Princípios de defesa na constituição*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 285-286). Nessa linha, Celso Ribeiro Bastos acentua que: “O que se pode inferir da presunção de inocência, em primeiro lugar, é que não pode haver inversão do ônus da prova. Se ao Poder Público compete o formalizar a denúncia, também cabe-lhe promover as provas necessárias, assegurados o contraditório e ampla defesa”. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 278). Esse é o entendimento de nossa jurisprudência: “Nenhuma acusação penal presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao MP comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei n.º 88, de 20-12-37, art. 20, n.º 5). (STF – 1.ª T. – HC n.º 73.388/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 161/264)”.

11 SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na constituição*, cit., p. 286. “[...] É a própria garantia da inexistência de inversão de ônus probatório no processo penal”. (Cláudio José Pereira, *Princípio da oportunidade e justiça negociada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 19).

12 MORAES, Alexandre de. Op. cit, p. 386.

4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE CULPABILIDADE?

Preliminarmente, antes de iniciarmos este capítulo, é preciso deixar claro ao respectivo leitor que, dada a complexidade que envolve essa temática, nosso objetivo não é de esgotar a questão, mas sim, o de trazer a lume singelos apontamentos e posicionamentos acerca do instituto, antecipando de antemão que, na doutrina e jurisprudência pátria, ainda há discordância acerca da acepção exata.

Aliás, sobre o tema em comento, caem bem a propósito a observação e os precisos dizeres proferidos por Antônio Magalhães Gomes Filho, no sentido de que “até pela formulação do legislador constituinte – ‘ninguém será considerado culpado...’ – o preceito vem referido especialmente à condição de não-culpabilidade do cidadão colocado diante do poder punitivo do Estado, vedadas ainda qualquer forma de tratamento que impliquem a equiparação à situação oposta”. Por derradeiro, prescreveu, ainda, o aludido jurista, que

Essa distinção, embora aparentemente sutil, foi notada por Chiavario, em relação à norma do art. 27, § 2.º, da Constituição italiana, bem semelhante à nossa, ao lembrar que a referência à ‘presunção de inocência’ traz à mente aspectos concernentes aos fundamentos do convencimento judicial, ao passo que ‘não considerar o acusado culpado’ importa privilegiar a temática do tratamento jurídico, o ‘status’ do réu no curso do processo que não poder ser assimilado ao culpado até a sentença definitiva.¹³

Para esse insigne processualista, a presunção de inocência somente foi instituída em nosso ordenamento por força do art. 8.º, I,¹⁴ da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que por sua vez, foi incorporada em nosso direito positivo pelo Decreto Presidencial n.º 678, de 6.11.92 (com publicação em 9.11.92), após a regular aprovação pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 26.05.92.¹⁵

Desta feita, entende o que a Constituição Federal de 1998 contemplou no mandamento, do art. 5.º, LVII, o princípio da presunção de não-culpabilidade, e, neste contexto, o mesmo jurista faz uma interligação do Pacto aludido com a Magna Carta vigente, ao consignar que no nosso Ordenamento Jurídico,

13 *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.

14 “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

15 Imperativo se demonstra aludir que o preceito constitucional do art. 8, I, do Pacto de São José da Costa Rica, tem valor de norma constitucional em nosso Ordenamento Jurídico, pois o § 2.º do art. 5º, da Constituição Federal é taxativo ao declarar que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

[...] as duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia. [...] diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.¹⁶

Frisa-se que o espírito da expressão “presunção de não-culpabilidade”, criado pelo italiano Giovanni Leone, distingue-se consideravelmente da presunção de inocência, pois aquela possui uma posição neutral, importa dizer, o acusado enquanto tal, não é culpado nem inocente.¹⁷

Este posicionamento não deixa, até hoje, de ter seus adeptos, tendo sido adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar pedido de *habeas corpus*, senão vejamos:

O artigo 5.º, XVII, da CF diz que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória’ – o que não é o mesmo que dizer que ‘todo homem é considerado inocente até prova de sua culpabilidade’. Quer dizer que, embora acusado, pode ser considerado definitivamente culpado [...] (RJTJ 150/326).

Não podemos negar que esse posicionamento é muito simpático na exata inteligência de que se existe uma ação proposta contra o réu, é porque contra ele pairou incontestáveis indícios de sê-lo o autor do delito. Há, bem assim, a existência do delito (prova da materialidade) e indícios de ser o réu o suposto autor do fato delituoso, pois do contrário, sequer existiria ação proposta contra si. Portanto, não querendo distorcer e questionar a garantia histórica conquistada, existe uma verdadeira presunção de ser o autor do crime, pois do contrário, como dito, não estaria sendo processado.

Porquanto respeitável e plausível o posicionamento dessa corrente de juristas, há uma outra corrente que defende a adoção constitucional do princípio da presunção de inocência, perfilhando, assim, as preceituações de Luiz Flávio Gomes, ao afirmar que não há por que:

16 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP. n.º 42, abril de 1994, p. 30.

17 A propósito do assunto, confira-se Alexandre Barbieri Júnior, *O conteúdo jurídico do princípio constitucional da presunção de inocência*. Dissertação de Mestrado, Bauru, Instituição Toledo de Ensino, 2002, p. 90.

... não considerar que no inc. LVII do art. 5.º da CF está escrito, com todas as letras, o princípio da ‘presunção de inocência’, com toda carga literal e democrática que carrega em sua história, tendo como ponto de arranque (em termos de ‘ius positum’) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de fundo indubitavelmente iluminista. Mais do que presunção de não culpabilidade (que provém de uma visão ‘neutral’, típica do engajamento político acrítico do jurista), o que temos no texto ‘sub examinem’ é verdadeira e própria presunção de inocência¹⁸ (Grifamos).

Um dado muito importante a ser levado em consideração ao caso em apreço, é que tecnicamente, ambos os princípios são iguais e, na prática, alcançam os mesmo efeitos.¹⁹ Vislumbra-se, entretanto, que o princípio da presunção de inocência coloca o réu em situação positiva, enquanto o princípio da não culpabilidade o deixa em posição neutra dentro do processo.

Contudo, não é aconselhável tentarmos elaborar uma distinção entre as presunções esboçadas, haja vista a possibilidade de entrarmos em uma estrada duvidosa, correndo-se o risco de reduzir o princípio a uma inconcludente enunciação retórica, desagregada do seu significado histórico.²⁰

Por fim, frise-se, que a intenção do legislador ao criar a norma do inciso LVII, do art. 5.º, da CF, foi a de tratar o acusado, sujeito de direitos e garantias constitucionais, como inocente, seja durante o procedimento investigatório ou judicial.

5. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO INQUÉRITO POLICIAL – BREVES APONTAMENTOS

Na *persecutio criminis* preliminar, o investigado, sujeito de direitos e garantias constitucionais, é assistido durante todo o processo investigatório pelo

18 GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107.

19 “[...] não há distinção entre *presunção de inocência* e *de não-culpabilidade*. Ambas sendo presunções, dão a entender que o acusado de uma infração penal deve ser considerado, não culpado, até que haja uma sentença declaratória da qual não caiba mais recurso ou de uma sentença transitada em julgado, ou seja, *definitiva*. Não há distinção, apesar de terminológica. Durante o processo, não há condenado e sim um processado (imputado) quer chamando a *presunção de inocência* ou de *não culpabilidade*. Somente após uma decisão judicial, estaremos diante de um condenado, mesmo existindo, ainda, a possibilidade de manifestação de instância superior, através do recurso”. (SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na constituição*, cit., p. 277).

20 VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 50-51.

princípio da presunção de inocência, princípio este que o albergará, inclusive, durante toda a tramitação do eventual e futuro processo judicial, onde devidamente será observado o devido processo legal.

Com efeito, neste procedimento investigatório que não há acusado, mas tão-somente investigado, mais razão ainda existe para a aplicabilidade do princípio em comento, na exata medida em que a finalidade máxima a que se almeja nesse procedimento se consubstancia na colheita de elementos da prática da infração penal, ou seja, a prova da materialidade do delito, e dos indícios de sua autoria, fornecendo, por derradeiro, ao titular da ação penal, todos os suportes fáticos eventualmente embaixadores dessa futura *actio*.²¹

Uma questão interessante a se indagar é no sentido de existir ou não uma eventual relativização do mandamento constitucional nessa seara inquisita preliminar. A discussão em torno desse assunto impõe algumas reflexões que, por necessárias, apresentam-se indispensáveis à apreciação do relacionamento do princípio em estudo com as prisões cautelares.²²

Assim, o *jus libertatis*, considerado como um dos pilares da presunção de inocência, sofre restrições frente às denominadas prisões cautelares, cujos requisitos, para tanto, se revelam na prova da culpa do indiciado ou, havendo, no mínimo, indícios de sua culpabilidade.²³

Seguindo esta linha de raciocínio,

*no intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há então a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo.*²⁴

21 “Contudo, os elementos constantes do inquérito policial não se destinam apenas a informar. Destinam-se, também, a convencer, quanto à viabilidade ou não da ação penal, ou quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no curso do inquérito policial”. (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160). Neste mesmo sentido, aduz, ainda, Manuel Pedro Pimentel que “o inquérito policial não é apenas uma simples peça informativa como sustentam alguns autores. Mais do que isso, é um processo preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação. Não se trata, portanto, de um procedimento estático em que o delegado de polícia se limita a recolher os dados que eventualmente cheguem ao seu conhecimento” (PIMENTEL, Manuel Pedro. *Advocacia criminal: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 17).

22 As prisões cautelares também são denominadas prisão sem pena, e, neste diapasão Tourinho Filho afirma que esta “não deflui de condenação definitiva. Essa modalidade de prisão, entre nós, é de imensa variedade, e sua classificação não apresenta uniformidade” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 388-389).

23 SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na constituição*, cit., p. 281.

24 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

Desta feita, as medidas urgentes,²⁵ de caráter coercitivo, visando a atingir um resultado eficaz do provimento final, se condicionam à observância do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Por *periculum in mora* se entende que é a possibilidade de ocasionar perigo (ou de lesão) caso não se tome medida urgente.²⁶ Já o *fumus boni juris*, pode-se entender a fumaça do bom direito, como o exemplo do ditado popular “onde há fumaça há fogo”, sendo que a fumaça indica a presença do direito.²⁷

Apregoou-se, na doutrina majoritária e na jurisprudência, que as prisões cautelares em nada ofendem o princípio da presunção de inocência, pois, à luz da legitimidade jurídico-constitucional existente nas prisões cautelares, que não afronta a presunção *juris tantum* de inocência do réu, pode validamente incidir sobre o *status libertatis*.²⁸

Na fase de inquérito policial, possível será a modalidade de prisão em flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária, sendo certo que as duas primeiras modalidades de prisão são eivadas, em nosso sentir, de extrema constitucionalidade, enquanto que a prisão temporária, para alguns juristas, se reveste de odiosa inconstitucionalidade.

A prisão em flagrante delito, amparada constitucionalmente,²⁹ é a única modalidade de prisão que dispensa a ordem escrita e fundamentada da autori-

25 “As medidas cautelares, no Direito Processual Penal brasileiro, ou se destinam a garantir a indenização do dano advindo do crime ou atuam estritamente no campo da *persecutio criminis*. Nesta última hipótese, ou são providências coercitivas contra o *status libertatis* do réu, ou se destinam a tutelar o interesse punitivo do Estado consubstanciado na provável condenação do réu, ou, então, visam impedir danos à liberdade do réu, como providências de contracautela, com o escopo de garantir o *status libertatis* em face do poder coercitivo cautelar do Estado (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 4, p. 36).

26 “Temos, pois, no *periculum in mora* o resguardo de bens (e também medidas pessoais) que, devido à normal demora da evolução processual, causaria o dano (ou o perigo de dano) se não fosse, prontamente atendidas, bastando para tanto a possibilidade da ocorrência de risco de dano. Não se requer que o perigo seja exaustivamente demonstrado, basta apenas que sejam delineados os seus contornos”. (SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*, cit., p. 297).

27 Para José Frederico Marques, o *fumus boni juris* “consiste na probabilidade de resultado favorável do processo principal para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar”. (Op. cit., p. 33).

28 Neste sentido: “O princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5.º, LVII, da CF, não revogou a prisão processual. Esta, como é cediço, tem natureza cautelar, que não leva em conta a culpabilidade do réu, mais sim, atende à finalidade do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, para facilitar a colheita de prova e assegurar a aplicação da lei penal. E também não proibiu o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes da condenação definitiva. [...]”. (TJSP – HC – Rel. Péricles Piza – RT 90/317).

29 “Art. 5.º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito [...]”. Neste sentido: “O princípio do estado de inocência, previsto na Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória, não impede a prisão em flagrante uma vez que tal preceito não revogou as disposições do Código de Processo Penal que a permitem”. (RJDTACRIM 38/393). “O princípio da presunção de inocência consagrado no art. 5.º, LVII da Constituição Federal, não impede a prisão em flagrante, de natureza processual, que não foi suprimida pelo legislador constitucional”. (RJDTACRIM 16/173).

dade judiciária competente, sendo que nela se encontram presentes os pressupostos autorizadores da custódia provisória, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e, na lição do jurista Antônio Scarance Fernandes.

*Não há maior dificuldade em justificar a cautelaridade da prisão em flagrante no que se refere ao requisito do 'fumus boni iuris'. O fato de o agente ter sido surpreendido em uma das situações do art. 302 do Código de Processo Penal serve para evidenciar a existência do crime, do qual ele é provável autor.*³⁰

A prisão preventiva,³¹ espécie do gênero prisão cautelar de natureza processual, confronta-se com o *jus libertatis* do cidadão, na razão de que este ainda não é definitivamente considerado culpado. Entrementes, em que pese o prejuízo sofrido pelo réu, encontra-se fundamento na “necessidade”³², pois do contrário a Justiça Penal correria um risco exorbitante, deixando o suposto autor do crime em liberdade.³³

Agora, no que concerne à prisão temporária, hoje devidamente prevista na Lei n.º 7960/89,³⁴ deve-se ter em mente que ela objetivou o combate à crescente

30 FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 303.

31 “A prisão preventiva é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 541). Esta prisão encontra-se disciplinada nos arts. 311 e ss. do CPP: “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”. “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

32 A propósito do assunto: “A prisão cautelar, sem dúvida, é consentida pela Constituição da República. Não vingam os argumentos de incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Este diz respeito à configuração do *status libertatis* de condenado; com o trânsito em julgado da sentença condenatória, executar-se-á a pena criminal. Esta, ao contrário repousa na – necessidade – para o regular desenvolvimento do processo, garantir a ordem pública, e assegurar o cumprimento de eventual condenação. [...]”. (STJ – 6.ª T. – RHC 7617 – Re. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 20.8.98 – DJU 28.9.98, p. 118). (Grifamos).

33 “O risco que corre a Justiça penal, na prisão preventiva, é iniludível, mas necessário, visto que a tutela jurídico-penal não pode privar-se da providência cautelar, sob pena de enfraquecimento substancial da atividade repressora dos órgãos estatais na luta contra o crime” (MARCQUES, José Frederico. Op. Cit., p. 68-69).

34 “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*,

criminalidade organizada, sobretudo, nos grandes centros urbanos³⁵ e, sendo considerada uma modalidade de prisão cautelar, deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais que regem qualquer espécie de prisão cautelar, no caso, com o princípio da presunção de inocência.

Tendo-se presente o contexto, é incensurável, sob tal perspectiva, consignar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessa modalidade de prisão.

Em conformidade com o quanto esposado pelo doutrinador Antônio Scarance Fernandes, entendemos que a má redação do art. 1.º da lei em estudo “pode levar, em interpretações meramente literais, a tal amplitude da prisão temporária que seria impossível aceitá-la no sistema jurídico brasileiro e admitir sua constitucionalidade”.³⁶

Em continuação, e utilizando, uma vez mais, das esclarecedoras preceituações do mencionado jurista, aceitamos que a constitucionalidade da prisão está condicionada à efetiva existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* (*periculum in libertatis*), conjectura que se vislumbra à presença do primeiro requisito no inc. III, do art. 1.º, da lei em estudo, e a do segundo nos incisos I e II da mesma lei.³⁷

Por conseguinte, entendemos que a constitucionalidade da prisão consubstancia-se na presença conjunta destes dois incisos, sendo, pois, possível, a referida medida constritiva de liberdade quando o requisito do inc. III estiver acompanhado de um dos requisitos previstos nos incs. I e II,³⁸ na inteligência que do contrário, estar-se-ia infringindo o princípio da presunção de inocência.³⁹

Pelo presente exposto, fica claro que, na parte que toca a primeira fase da *persecutio criminis*, existe uma efetiva aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, sendo, neste trilhar, rigorosamente vedado à autoridade policial,

e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 *caput*, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986)”.

35 A exposição de motivos da lei em estudo diz que o clima de pânico que estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a prisão temporária.

36 FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 307.

37 FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 307-308.

38 Essa posição não é uníssona na doutrina e, via de consequência, sofre questionamentos. A propósito da questão de vide FERNANDES, Antônio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, cit., p. 308-309.

39 Há que se consignar, pois, a existência de entendimento no sentido da inconstitucionalidade da referida prisão temporária, cujos fundamentos remetemos o leitor à leitura da tese de Ana Maria Nogueira Lemes, *Presunção de Inocência: direito fundamental limitador da prisão provisória*. Dissertação de Mestrado, Bauru, Instituição Toledo de Ensino, 2001, p. 168-171.

em qualquer circunstância, tratar como culpado o investigado, na exata medida em que referida presunção somente será afastada por meio de atos processuais, realizados perante a autoridade judiciária competente, fase esta que vige sob o manto do contraditório, corolário do princípio do *dues process of law*.

6. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO

‘Acesso à justiça’ não se identifica, pois, como mera ‘admissão ao processo’, ou possibilidade de ingresso em juízo [...]. O acesso à justiça é, pois, a idéia central que a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, oferece-se a mais ampla ‘admissão de pessoas e causas ao processo’ (universalidade da jurisdição), depois, garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o ‘devido processo legal’, para que possam participar intensivamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do ‘contraditório’), podendo exigir dele a efetividade de uma ‘participação em diálogo’ –, tudo isso com vista a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação.⁴⁰ (Grifamos).

Por esta razão, é que se diz que “o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em ‘**acesso à ordem jurídica justa**’”.⁴¹

Na esfera de estudo concernente ao princípio da presunção de inocência, denota-se oportuno fazermos uma perfunctória menção à simpática ligação entre o aludido princípio e o *dues process of law* posto que este seja “peça” insofismável no estudo do acesso à ordem jurídica justa.

A *Lex Fundamentallis* brasileira de 1998 erigiu à categoria de dogma constitucional a garantia do devido processo legal, ao insculpir no corpo normativo do inc. LIV, do art. 5.º a dicção, *in tribus verbis*, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nessa linha, observação oportuna a colarmos os olhos tocam os precisos dizeres proferidos pelo processualista Nelson Nery Júnior, que ao proceder à análise do devido processo legal⁴² se manifestou no sentido de que

40 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 33-34.

41 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 33.

42 “A expressão ‘devido processo legal’ é versão *ad litteram* da expressão inglesa *due process of law*, cuja tradução correta e correspondente em nossa língua deverá ser ‘adequado processo jurídico’[...] DEVIDO PROCESSO LEGAL é aquele em que todas as formalidades são observadas,

*[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do 'dues process of law' para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.*⁴³

Assim, a doutrina apresenta, como manifestações, como corolários do devido processo legal, dentre a enorme extensão de princípios existentes, tais como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, o juiz natural, o promotor natural etc., o princípio da presunção de inocência.⁴⁴

Neste contexto,

*se é garantia constitucional do cidadão ser presumido (e tratado como) inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5.º, inciso LVII, CF), presunção esta, como vimos, iuris tantum, é evidente que tal sentença, que afasta a aludida presunção, somente poderá ser validamente proferida se respeitado for o comando constitucional que exige a observância do devido processo legal, com todas as suas manifestações.*⁴⁵

Desta forma, a correlação que se exaure da leitura do parágrafo anterior insere-se no contexto de que “não é qualquer sentença que pode infirmar a garantia constitucional da presunção de inocência, mas somente aquela advinda de procedimento que tenha observado em sua inteireza o princípio do *dues process of law*”.⁴⁶

A questão afeta à presunção de inocência, em seara jurisdicional, toca diretamente, para o que nos interessa, a prisão por força de sentença condenatória recorrível (art. 594, CPP),⁴⁷ que ganhou mais força com a edição da Súmula n.º

em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o *contraditório* e a produção de todo o tipo de prova – desde que obtida por meio lícito –, prova que entenda seu advogado deve produzir, em juízo. Sem processo e sem sentença, ou prolatada esta por magistrado incompetente, ninguém será privado da *liberdade* ou de seus *bens*”. (CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 530).

43 *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 30.

44 “Este princípio nada mais representa que o coroamento do *dues process of law*”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61).

45 BARBIERE JÚNIOR, Alexandre. Op. cit., p. 136.

46 BARBIERE JÚNIOR, Alexandre. Op. cit., p. 136.

47 “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. Com relação à vigência desta norma, o Plenário do STF, por seis votos contra cinco, entendeu que ela continua em vigor, “não tendo sido revogada pela presunção de inocência do art. 5.º, LVII, da CF – que, segundo a maioria concerne à disciplina do ônus da prova, nem pela aprovação, em 28-5-92, por decreto legislativo do Congresso Nacional, do Pacto de S. José da Costa Rica”. (STF – HC n.º 72.366-SP, Rel. Min. Nery da

9 do STJ⁴⁸, haja vista existir, hodiernamente, divergências atinentes à constitucionalidade ou não desse dispositivo infraconstitucional e do conteúdo sumular.

Em nosso sentir, não há de se falar em inconstitucionalidade das normas retro citadas frente o princípio da presunção de inocência, sustentando, portanto, nossas fundamentações na esteira da admissibilidade das referidas prisões sob o manto da “cautelaridade”⁴⁹ que se revestem, só se justificando, pois, quando devidamente “fundamentada”⁵⁰ pelo juiz, que deve demonstrar os motivos fáticos e jurídicos excepcionais reveladores da sua necessidade.⁵¹

Em verdade, como dito, somente podemos vislumbrar a constitucionalidade de tais normas se voltarmos nossa atenção para a natureza cautelar a que estão albergadas, pois do contrário, se revestidas de natureza processual ou

Silveira, sessão de 13-9-1995. Ficam vencidos os ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence).

48 “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

49 “[...] toda prisão que antecede a uma condenação definitiva se reveste de indisfarçável caráter cautelar, e sua necessidade descança numa dessas circunstâncias: preservação da ordem pública, preservação da instrução criminal e, finalmente, garantia da execução da pena”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Da prisão e da liberdade provisória*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 2, n.º 7, jul/set de 1994, 73 e ss.). “[...] a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível tem inquestionável caráter cautelar e a privação da liberdade do apenado, para acomodar-se às normas constitucionais, não pode ser mecanicamente decretada por imposição de restrições legais precedentes à Constituição de 1988 [...]”. (FRANCO, Alberto Silva. *O requisito da prisão para recorrer é inconstitucional*. Boletim-IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM. Ano 2, n. 18, p. 1, jul/1994.

50 “[...] a exigência cautelar (prevista no art. 594 do CPP) para apelar não só ofende a presunção de inocência quando *fundamentada* especificamente a necessidade da prisão. Havendo fundamentação suficiente, justifica-se a medida cautelar restritiva da liberdade, razão pela qual não pode ser censurada)”. (GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 35). Referido jurista, ainda no que pertine a fundamentação em estudo, consigna que é por meio dela “que se pode exercer o controle democrático da decisão. Com a fundamentação o juiz demonstra transparência e nisso também reside sua legitimação democrática”. (*A questão do controle externo do poder judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 26 e ss.).

51 “não fere o princípio da presunção de inocência estabelecer como regra o recolhimento à prisão para poder recorrer, desde que a lei indique, através de requisitos objetivos ou subjetivos, a necessidade do recolhimento à cautelar. [...] Cautelarmente, impõe-se a sua segregação, do mesmo modo que se pode fazer ao longo da instrução, portanto, antes da condenação, ao ser decretada a prisão preventiva”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 856). Neste sentido, Mirabete afirma que “a ordem de recolher-se o réu à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considera-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. [...] A Carta Magna não proíbe qualquer prisão provisória ou cautelar, desde que decretada por órgão jurisdicional, nem demarca rigidamente o conceito de liberdade provisória, delegando ao legislador ordinária a previsão dos seus pressupostos. [...] A Constituição permite a custódia por ordem da autoridade judiciária competente e o art. 594 não contempla interpretação externa e nem aplicação limitada quando prevê o recolhimento do réu condenado a prisão: é regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogada pelo artigo 5.º, LVII, da CF de 1998, está fundamentada pela sentença condenatória e não ofende a garantia constitucional de ampla defesa”. (MIRABETE, Júlio Fabbrini Mirabete. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1494).

antecipação de pena, sem sombra de dúvida haveria um patente afronta ao princípio democrático da inocência.⁵²

O artigo 594 do CPP não é genérico e exaustivo, ou seja, veda o recebimento do recurso do condenado em quaisquer hipóteses. Pelo contrário, ele admite o recebimento e processamento do recurso do réu solto quando primário e de bons antecedentes bem como dos delitos em que se livra solto. Veda, assim, seu recebimento e processamento tão-somente ao reincidente e portador de maus antecedentes, e, ainda, somente nas conjecturas de fundamentação concisa do magistrado que demonstre o efetivo *periculum in libertatis*.

Ademais, não obstante a natureza cautelar obrigatória que deve se substanciar a prisão, ao juiz, assiste-lhe o dever de, ao prolatar a sentença, demonstrar os motivos fáticos e jurídicos excepcionadores da liberdade do condenado, ou seja, deve demonstrar inequivocamente o *periculum libertatis* de forma insofismável.⁵³

Assim, em reforço à tese ora esboçada, ilustra-se dizendo que o projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal, expressamente, revoga os arts. 594 e 595 do atual CPP. Na respectiva exposição de motivos, justifica-se a revogação afirmando que teve

como objetivo definir que toda prisão antes do trânsito em julgado final somente pode ter o caráter cautelar. A execução 'antecipada' não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Seguindo nesta mesma linha de raciocínio, a sentença condenatória apresenta, de forma clara, para fins de cautelaridade, tão somente o *fumus boni juris*. Entrementes, não é de sua índole caracterizar o *periculum in mora*.⁵⁴ O *fumus boni juris* por si só não basta, não é susceptível de justificar a constitucionalidade da prisão.

52 “não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação de punição ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do ‘periculum libertatis’”. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, cit., p. 65).

53 “[...] Ao juiz, em última instância, cabe a decisão, conforme a ‘necessidade’ real de se determinar ou não a prisão cautelar, demonstrando-a fática e juridicamente (o que significa *motivadamente*).” (GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 44).

54 “A condenação pode determinar a existência do *fumus boni juris*, mais não é suficiente para dar origem ao *periculum in mora*. E só em aglutinando-se esses dois pressupostos da medida coercitiva e cautelar é que ela pode ser imposta”. (MARQUES, José Frederico. *Processo penal na atualidade*. In: *Processo penal e constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 19).

Frise-se, por oportuno, que referida prisão deve, para fins de compatibilidade com o texto constitucional, ganhar um caráter cautelar, comprovando, pois, sua extrema necessidade de forma explicitamente fundamentada. Importa dizer, é indispensável, para não ferir o princípio da inocência, uma demonstração específica, demonstrativa do *periculum in libertatis* (necessidade imperiosa da prisão cautelar).⁵⁵

Em relação ao telado, nada melhor do que utilizarmos a escorreita e esclarecedora lição oferecida por Antônio Magalhães Gomes Filho, para quem

*[...] a imposição de qualquer medida restritiva da liberdade do acusado, antes da condenação definitiva, deve resultar de um provimento jurisdicional em que se demonstre, em primeiro lugar, a probabilidade de existência do direito de punir – fumus boni iuris – que a nossa lei processual identifica com a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; além disso, como Segunda condição para a decretação da medida cautelar, é indispensável a concreta verificação do perigo de insatisfação daquele direito diante da demora na prestação jurisdicional – periculum in mora –; neste último caso, a constatação sobre a existência desse risco deve ser feita de forma plena e aprofundada, para que se demonstre a efetiva necessidade da providência excepcional.*⁵⁶

Portanto, à luz das explanações esposadas, notamos que a regra matriz do nosso ordenamento jurídico alberga o *status libertatis* do indivíduo, sendo que a norma preceituada no artigo 594 do CPP somente será eivada de constitucionalidade se encarada como prisão cautelar, desde que o julgador motive de forma clara e adequada tal medida, demonstrando, bem assim, à luz do art. 312 do CPP, os motivos fáticos e jurídicos aclaradores da necessidade real, ou seja, o nítido *periculum libertatis*.

Com efeito, diante, portanto, de uma sentença condenatória restritiva da liberdade individual, em que não fique explicitada de forma clara e concisa a fundamentação do *periculum libertatis*, bem como da necessidade imperiosa dessa medida excepcional, não há de se falar, pois, em prisão cautelar e, via de consequência, sua inconstitucionalidade será patente por violar o princípio constitucional da inocência.

A questão afeta à observância do art. 594 do CPP, embora albergada pela sua constitucionalidade à luz da obrigatoriedade da fundamentação, nos faz

55 GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 42-44.

56 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, cit., p. 33.

refletir acerca de sua flagrante inconstitucionalidade por violar o acesso à ordem jurídica justa.

Como visto, o acesso à ordem jurídica justa pressupõe, dentre suas peculiaridades, a garantia do *due process of law*, e este, por seu turno, engloba, para a validade de um processo justo, eficaz e garantidor o duplo grau de jurisdição.

A Súmula n.º 9 do STJ bem como o art. 594 do CPP em nosso sentir não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1998. Embora possa se afirmar que as normas, em verdade, não ofendem o princípio da presunção de inocência, não há de se negar que, evidentemente, afrontam o sistema jurídico como um todo, ferindo, desta forma, o acesso à ordem jurídica justa, ferindo, pois, a garantia do duplo grau de jurisdição.

No âmbito jurisdicional penal, o acesso ao duplo grau de jurisdição é incondicionado, e qualquer forma de restrição ao poder judiciário é rechaçado, é odioso e ofende o ordenamento jurídico como um todo.

O acesso à ordem jurídica justa ganhou ainda mais força com o advento da *Lex Fundamental*, pois ao consagrar

a presunção de inocência, a 'ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes', o contraditório, assim como o 'devido processo legal' (duplo grau de jurisdição), tornou-se evidente que esta condição (verdadeiro 'imposto') de se recolher à prisão para apelar perdeu a razão de ser. O duplo grau de jurisdição, a ampla defesa e o contraditório foram garantidos de modo irrestrito. Logo, inegável que o sistema legal infra-constitucional, na medida em que condiciona o recebimento o recebimento da apelação à prisão, entrou em linha de conflito com a Constituição. (Grifamos).

Como já mencionamos, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, o que importa dizer que as normas elencadas no referido tratado têm força de norma constitucional, em nosso ordenamento jurídico, em virtude da existência do conteúdo normativo constante no § 2.º do art. 5.º da CF⁵⁷. Neste passo, corroborando nosso posicionamento, cabe transcrevermos o quanto esposado no citado artigo, *ipsis literis*

57 “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Art. 8.º Garantias Judiciais.

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito a que se presuma sua inocência, enquanto não for flagrantemente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

b) direito de recorrer de sentença penal a juiz ou tribunal superior.

A leitura do dispositivo retrocitado nos permite concluir pela existência de um devido processo legal incondicionado no âmbito penal, caracterizando, portanto, que a garantia expressa no tratado atinge o duplo grau de jurisdição de forma absoluta no que pertine o direito processual penal.⁵⁸

Ademais, cabe frisarmos, ainda, que o artigo 25, n.º 1, do mesmo pacto preceitua que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a projeta contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Nestes termos telados, o que pregamos como inconstitucional não é a prisão em si (desde que, como já detalhado minuciosamente, preenchidos os requisitos da cautelaridade, excepcionalidade e, ainda, eivados de fundamentação convincentes da existência do *periculum libertatis*), mas sim, a condição básica existente no art. 594 do CPP (prisão), para apelar, o que, sem sombra de dúvida, condiciona o duplo grau de jurisdição e viola a ordem jurídica justa bem como a garantia do devido processo legal.

No âmbito criminal, todos têm direito à garantia do *due process of law*, leia-se, *in casu*, duplo grau de jurisdição, independente de eventual prisão ter sido decretada por razões cautelares ou não. Qualquer condicionamento ao duplo grau de jurisdição em seara jurídico-penal deve ser rechaçado de nosso ordenamento e tido como inconstitucional, por configurar verdadeira afronta ao acesso à ordem jurídica justa.

Ex positis amealhados, o condicionamento existente no art. 594 do CPP, confronta-se e viola o acesso à ordem jurídica justa como um todo, em especial

⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 171.

ao *devido processo legal* e, dentre seus corolários, o garantia do duplo grau de jurisdição, o contraditório e ampla defesa.

Por esta razão, referida norma infraconstitucional, ao nosso modo de ver, não foi recepcionada pela Magna *Lex* de 1988, frente sua incompatibilidade ao texto constitucional. Contudo, se não admitíssemos essa vertente, sem dúvida alguma, agora, restar-se-ia revogado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (arts. 8.º, n.º 2, “b”, e 25) que predetermina, como “garantia mínima”, que o recurso deverá ser recebido e analisado, com ou sem prisão, dando, neste diapasão, um grau de eficácia absoluta ao acesso à ordem jurídica justa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta linha de raciocínio amalhada, é inolvidável que o verdadeiro “alicerce” ou “viga mestra” do ordenamento jurídico constitucional encontra-se consubstanciado no acesso à ordem jurídica justa, que exige, para a máxima garantia da restrição do *jus libertatis* da pessoa humana, a observância, a contento, do devido processo legal e seus corolários.

Desta feita, denota-se a exigência consonantal das normas infraconstitucionais com o texto maior, devendo, pois, neste contexto, existir um equilíbrio, uma proporcionalidade entre o *jus libertatis* e o *jus puniendi* para que o acesso à justiça, em sua acepção *lata*, não seja odiosamente violada.

O princípio da presunção de inocência, entre nós, acentua um mínimo à segurança à liberdade dentre de nosso estado democrático. Posto isso, o estado de inocência de uma pessoa somente será quebrado quando o acusado for devidamente condenado por uma sentença penal condenatória que transite em julgado.

A norma disposta no art. 594, do CPP, foi tida como legal para a doutrina e jurisprudência majoritária, que, para lhe salvar a constitucionalidade frente à presunção de inocência, somente foi admitida como “nítida prisão de natureza cautelar”, importando dizer que somente será justificada quando rigorosamente “fundamentada” pelo magistrado, que deve mostrar os “motivos fáticos e jurídicos excepcionais” reveladores da “necessidade”.

Entrementes, é inquestionável que a exigibilidade da prisão para apelar ofende o acesso à ordem jurídica justa como um todo. Não se trata aqui de ilegalidade da prisão, mas sim da inconstitucionalidade do “condicionamento” ao duplo grau de jurisdição.

Nos dizeres esboçados,

o ‘acesso à justiça’ não se identifica, pois, como mera ‘admissão ao processo’ ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] O acesso à justiça é, pois, a idéia central que a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias [...].

Destarde, é inegável que a oferta constitucional desses princípios e garantias se solidifica no *due process of law*, que, por seu turno, alberga o tão importante duplo grau de jurisdição incondicionado em seara processual penal.

Logo, condicionando o acesso à justiça à exigência da prisão, viola-se, pois, a garantia do duplo grau de jurisdição, o devido processo legal, e, por via de consequência, o acesso à ordem jurídica justa.

O *due process of law* vem evoluindo conceitualmente ao longo do tempo, não se restringindo apenas a mais uma cláusula protetora da vida, liberdade e propriedade.

*Pode-se dizer, com certeza, que o devido processo contaminou todos os direitos fundamentais (inclusive os políticos) e as liberdades e franquias constitucionais, fazendo com que o teste ácido de qualquer imposição estatal passe sob seu crivo dominador.*⁵⁹

Assim, embora não ofenda o princípio da presunção de inocência, não há de se negar que ofende o acesso à ordem jurídica justa, sendo, portanto, referido dispositivo, inconstitucional, porque não recepcionado pela Lei Fundamental de 1998 bem como, e ainda, pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Nestes raciocínios, se o processo encontra razão de existir na efetividade de um resultado justo, e se este processo impede o acesso ao duplo grau de jurisdição sob a condição do recolhimento à prisão, evidencia-se, em verdade, um não-processo, pois uma afronta ao acesso à ordem jurídica justa, em especial ao devido processo legal, contaminando, desta forma, o processo como um todo, o que, por via de consequência, torna o seu resultado inútil, envenena o sistema democrático conquistado com muita luta.

REFERÊNCIAS

BARBIERE JÚNIOR, Alexandre. *O conteúdo jurídico do princípio constitucional da presunção de inocência*. Dissertação de Mestrado, Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

COMPARATO, Fábio Conder. *A afirmação histórica dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

59 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal – Due process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 15.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v. 1.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. *O requisito da prisão para recorrer é inconstitucional*. **Boletim-IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM. Ano 2, n. 18, p. 1, jul/1994.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *A questão do controle externo do poder judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP. n.º 42, abril de 1994, p. 30.

LEMES, Ana Maria Nogueira. *Presunção de Inocência: direito fundamental limitador da prisão provisória*. Dissertação de Mestrado, Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 4.

_____. *Processo penal na atualidade*. In: Processo penal e constituição Federal. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MIRABETE, Júlio Fabbrini Mirabete. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOARES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça negociada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PIMENTEL, Manuel Pedro. *Advocacia criminal: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*, 2. ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 1995.

_____. *Princípios de defesa na constituição*. São Paulo: Iglu, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

_____. *Processo penal*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61

_____. *Da prisão e da liberdade provisória*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 2, n.º 7, jul/set de 1994.

VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 2000.